

MARÍA LUCY GAMBOA RINCÓN.

Posgrado en Ciencias Forenses y Técnica Probatoria

Segundo Semestre.

EFFECTOS JURIDICOS PROCESALES DE LA AFECTACIÓN DE LA CADENA DE CUSTODIA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA

INTRODUCCION

El presente escrito está diseñado para entender la mecánica o desarrollo de la cadena de custodia de los Elementos Materiales Probatorios (E.M.P.) y Evidencias Físicas (E.F.) que obtengan los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación o de la Policía Nacional, que ejerzan funciones de “Policía Judicial” y que han de servir de prueba en Procesos del Sistema Oral Penal Acusatorio (SPOA) y su incidencia dentro del marco del Juicio Oral.

Por ello, vale la pena iniciar describiendo brevemente un concepto general del proceso penal en Colombia, enfocados en la actualidad, al Sistema Penal Oral Acusatorio; en sus diferentes etapas, haciendo énfasis primordialmente en la etapa del juicio Oral; y abarcando no solamente el procedimiento, sino la solemnidad que exige dicho Sistema Penal.

Luego de abordar el tema anterior, pasaremos a fijarnos en la recolección de los E.M.P. y E.F., dentro de la aplicación estricta y legal de la denominada “Cadena de Custodia”, revisando la importancia en su preservación, para poder convalidar con efectividad cada una de las pruebas recolectadas por la Fiscalía General de la Nación (FGN) y que formará parte de las pruebas que hará valer en el juicio dentro de sus funciones de Persecutor Penal.

Una vez absueltos los anteriores temas, se entrará a enunciar aquellas posibles desatenciones a los protocolos y a las exigencias legales de la debida “Cadena de Custodia”, para con ello concluir acerca de las implicaciones que esto conllevaría en las decisiones a tomar por parte del Juez de Conocimiento, en aras de preservar la imparcialidad procesal y/o frente a las controversias que se desprendan con el (los) Abogado (s) defensor (es), quien (es) bogará (n) por preservar la defensa de su pupilo junto a los principios constitucionales, especialmente al Derecho al Debido Proceso.

Por ultimo y teniendo en cuenta La Constitución Política, la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal en el Sistema Acusatorio, la revisión de Jurisprudencias tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, se pretende resolver el interrogante, ¿Qué efectos jurídicos procesales se producen ante errores en la cadena de custodia, al descubrir los elementos materiales probatorios en la etapa preparatoria y su incorporación en el juicio oral?

OBJETIVO GENERAL

Analizar los efectos jurídico- procesales que se producen con la alteración de la cadena de custodia de los E.M.P, y E.F., que se introducirán al proceso penal, en el sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia.

OBJETIVO ESPECIFICO

1.Revisar los Protocolos y los lineamientos legales que enmarcan la Cadena de Custodia desde la recolección de los E.M.P. y E.F., en todo el procedimiento Penal Acusatorio, hasta su incorporación en el Juicio Oral.

2.Revisar Jurisprudencia y demás fuentes bibliográficas, sobre cadena de custodia y los posibles errores que esta pueda presentar.

HIPOTESIS

En el sistema Penal Oral Acusatorio las partes e intervinientes; tanto Fiscalía como Defensa, se encuentran en igualdad para presentar los elementos materiales probatorios que pretenden hacer valer dentro del juicio oral y lo que es más importante a controvertirlos.

Estos elementos materiales probatorios deben cumplir los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales establecidos, sin embargo, dentro del litigio se presentan alteraciones en la conservación de la cadena de custodia, desde que se descubren, incorporan y hasta la decisión final o fallo.

Aun hoy en día existe confusión, entre los diferentes conceptos y procedimientos, sobre la cadena de custodia, así como el descubrimiento, incorporación y la controversia de los Elementos Materiales Probatorios dentro de las diferentes Audiencias del Sistema Penal Acusatorio, pese a la normatividad y jurisprudencia que existe al respecto, generando un desconocimiento de los efectos jurídicos-procesales que las diferentes alteraciones en la conservación de la cadena de custodia de los materiales probatorios producen y sus consecuencias al pretenden hacerlos valer dentro del juicio oral, incidiendo en la decisión final o fallo.

Por ello, al finalizar el presente artículo, se ha de demostrar que el incumplimiento por parte de los funcionarios de policía judicial y en quienes recaiga las funciones de garantizar una adecuada y legal Cadena de Custodia de los E.M.P. y de las E. F., repercuten en la decisión frente a la producción, admisibilidad e incorporación de una prueba en etapas preparatorias y de juicio oral, dentro del Sistema Penal Oral Acusatorio.

METODOLOGIA

La metodología utilizada para el desarrollo del presente artículo fue el método descriptivo y cualitativo en donde se realizó análisis de diferentes fuentes escritas primarias como fueron los Códigos tanto Penal como de Procedimiento Penal, nuestra Carta Constitucional y diferentes leyes al respecto, y fuentes secundarias como jurisprudencia y doctrina, que conllevaron a aclarar los cuestionamientos planteados.

RESUMEN

El presente artículo de reflexión, tiene el propósito de analizar desde la normatividad establecida en la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal y las diferentes Jurisprudencias y Doctrina, a fin de resolver el interrogante planteado ¿Qué efectos jurídicos procesales se producen ante errores en la cadena de custodia, al descubrir los elementos materiales probatorios en la etapa preparatoria y su incorporación en el juicio oral?

Para el desarrollo del problema planteado se realizó una investigación descriptiva de tipo documental, analizando diferentes fuentes como la normatividad penal, Jurisprudencia de la Corte Suprema -Sala de Casación Penal, Doctrina y diferentes Tesis de grado de especializaciones en Derecho Penal.

Se presentó el análisis y revisión planteando varios temas como: Generalidades del Sistema Penal Oral Acusatorio, Definiciones Forenses alrededor de la Cadena de Custodia y Generalidades de la Cadena de Custodia, donde no solamente se analizó el Sistema Penal Acusatorio en su parte procedimental ley 906 de 2004, el descubrimiento e incorporación de las pruebas dentro de las audiencias tanto preliminar como preparatoria, los efectos jurídico procesales que generan los elementos materiales probatorios dentro de las mismas, sino también, conceptos de pruebas ilegales, inconstitucionales e ilícitas, así como también sus efectos jurídico- procesales. Se revisaron conceptos forenses que definen confusiones presentadas tanto en escena y las diferentes clases de elementos materiales probatorios.

Siendo el Sistema Penal acusatorio y con él, la cadena de custodia relativamente nuevos para el litigio, es evidente que muchos Abogados litigantes se encuentran desorientados en cuanto al aporte de pruebas y su contradicción dentro del juicio oral, desconociendo parámetros tanto constitucionales como legales de la cadena de custodia, y cómo no solamente el guardarla está reservado para la Fiscalía General de la Nación, sino que también el Defensor debe preservarla para que finalmente sus Elementos Materiales Probatorios puedan ser decretados como pruebas, que conserven la capacidad demostrativa, que finalmente generen certeza y convicción al Juez de conocimiento en el Juicio oral y que si es necesario, enfrenten una buena sustentación al presentar el recurso extraordinario de casación. Este artículo es realizado por la necesidad de brindar herramientas para el litigio en Derecho en el Sistema Penal Acusatorio, teniendo en cuenta las diferentes audiencias realizadas dentro del mismo y el momento procesal de descubrir e incorporar los elementos materiales probatorios para conseguir ser decretados como pruebas, los efectos jurídico procesales que estos producen, así como la forma en que se podrían impugnar esas falencias presentadas, mediante el recurso extraordinario de casación, analizando el error tanto de hecho como de derecho y su enunciación al impugnarlos.

Este artículo es realizado por la necesidad de brindar herramientas para el litigio en Derecho en el Sistema Penal Acusatorio, teniendo en cuenta las diferentes audiencias realizadas dentro del mismo y el momento procesal de descubrir, incorporar y controvertir los elementos materiales probatorios, para conseguir ser decretados como pruebas y los efectos jurídico procesales que estos producen en las diferentes audiencias contempladas en el Sistema Penal Acusatorio hasta el juicio oral.

PALABRAS CLAVES: Efectos Jurídico -Procesales, Sistema Penal Acusatorio, Cadena de Custodia, Elemento material probatorio, descubrir, Incorporar, controvertir.

ABSTRACT

This article for reflection, has the purpose of analyzing from the regulations established in Law 906 of 2004 Code of Criminal Procedure and the different Jurisprudences and Doctrine, in order to resolve the question posed: What legal procedural effects occur in the event of errors in the chain of custody, upon discovering the material evidential elements in the preparatory stage and their incorporation in the oral proceedings?

For the development of the problem raised, a descriptive documentary research was carried out, analyzing different sources such as criminal regulations, Supreme Court Jurisprudence -Criminal Cassation Chamber, Doctrine and different degree theses of specializations in Criminal Law.

The analysis and review were presented, raising several issues such as: Generalities of the Oral Accusatory Penal System, Forensic Definitions around the Chain of Custody and Generalities of the Chain of Custody, where not only the Accusatory Penal System was analyzed in its procedural part, Law 906 of 2004, the discovery and incorporation of the evidence within the preliminary and preparatory hearings, the procedural legal effects generated by the material evidentiary elements within them, but also, concepts of illegal, unconstitutional and illicit evidence, as well as its effects legal-procedural. Forensic concepts that define confusions presented both on the scene and the different classes of material evidence were reviewed.

Being the adversarial Criminal System and with it, the chain of custody relatively new for litigation, it is evident that many trial lawyers are disoriented regarding the provision of evidence and its contradiction within the oral trial, ignoring both constitutional and legal parameters of the chain of custody, and how not only keeping it is reserved for the Office of the Attorney General of the Nation, but also the Defender must preserve it so that finally its Probative Material Elements can be decreed as evidence, that they preserve the demonstrative capacity, that finally generate certainty and conviction to the Judge of knowledge in the oral trial and that if necessary, they face a good support when presenting the extraordinary appeal of cassation. This article is made by the need to provide tools for litigation in Law in the Accusatory Criminal System, taking into account the different hearings held within it and the procedural moment to discover and incorporate the material evidence to be declared as evidence, the procedural legal effects that these produce, as well as the way in which these deficiencies presented could be challenged, through the extraordinary appeal, analyzing the error both in fact and in law and its statement when challenging them.

This article is made due to the need to provide tools for litigation in Law in the Accusatory Criminal System, taking into account the different hearings held within it and the procedural moment of discovering, incorporating and controversial material evidence, in order to be decreed as evidence and the procedural legal effects that these produce in the different hearings contemplated in the Accusatory Penal System until the oral trial.

KEY WORDS: Legal-Procedural Effects, Accusatory Criminal System, Chain of Custody, Evidentiary material element, discover, Incorporate, dispute.

DESARROLLO

I.- CONCEPTO GENERAL DEL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO EN COLOMBIANO

El Sistema Penal Oral Acusatorio, tal y como lo define la Fiscalía General de la Nación “es un sistema adversarial, donde los intervinientes (Fiscalía y defensa) se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve. También pueden intervenir el Ministerio Público y la víctima: el primero para

salvaguardar el orden jurídico y la segunda para que se le garanticen la verdad, la justicia y la reparación”.

Es importante analizar, que en el sistema Penal Oral Acusatorio se conservan los principios del proceso penal como dignidad humana, libertad, igualdad, imparcialidad, presunción de inocencia, del derecho de defensa, debido proceso, de los derechos de las víctimas y de la sociedad, contradicción, publicidad, juez natural, doble instancia, cosa juzgada, pero quizá los que más tiene que ver con el tema del artículo de reflexión son los del Debido Proceso, la igualdad, la imparcialidad, la legalidad, la publicidad y la contradicción.

Es así como el Juez sea de garantías o de conocimiento, debe ser objetivo en la apreciación y valoración de todos los elementos materiales probatorios allegado al proceso bajo el principio de imparcialidad.

En aras de hacer uso del principio de contradicción, los intervinientes, sea fiscalía o defensa, deben descubrir los elementos materiales probatorios, incorporarlos y confrontarlos, oponiéndose a las pruebas finalmente decretadas y a los resultados de ellas expuestos, pero para esto, debe tener conocimiento no solo de la cadena de custodia, sino lo que es aún más relevante, los momentos procesales en los cuales puede presentar esos elementos materiales probatorios para ser decretados como pruebas.

El Sistema Penal Oral Acusatorio contempla la figura de la Fiscalía y dentro de sus variadas funciones está la de presentar al juez de conocimiento en el juicio oral, los elementos materiales probatorios para que sean aceptados como pruebas, en busca de acusar los presuntos imputables.

Ahora bien, otra figura contemplada dentro del Sistema Penal Oral Acusatorio es la del Juez de control de garantía, quien actúa en las audiencias preliminares, controlando la legalidad de las actuaciones tanto de la Fiscalía como de la policía judicial. Profiere medidas de aseguramiento como detenciones. Es el juez penal municipal del lugar de los hechos.

El Juez de conocimiento actúa en el juicio oral, valorando toda la evidencia o pruebas presentadas, las confronta y absuelve o condena al imputado.

En este Sistema Penal Acusatorio, se diría que a la víctima se le debe garantizar no solo la verdad de lo sucedido sino encontrar justicia y si es posible su reparación.

En aras de aplicar los principios del proceso penal para todas las partes se cuenta con la intervención del Ministerio Público que debe salvaguardar el orden jurídico, haciendo efectivo el cumplimiento de los principios penales como el de la dignidad humana, presunción de inocencia, derecho a la defensa y el tan importante Debido Proceso, y demás principios del proceso penal y es entonces donde surgen los tan mencionados beneficios para los presuntos imputados que será tema de otro artículo el demostrar o no la impunidad de los mismos.

Según lo referido en el Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, la fiscalía crea el sistema SPOA como una “solución informática desarrollada modularmente para registrar la información que de diferentes fuentes tiene cabida en el proceso penal bajo los parámetros de la ley 906 de 2004”. En este sistema luego de registrar la noticia criminal, se le asigna un número único de caso a nivel nacional y se realiza el reparto al fiscal de conocimiento. Progresivamente va cambiando de manera automática de acuerdo a las diferentes etapas del proceso penal, teniendo en cuenta también los términos legales, hasta la última actividad desarrollada por el Juez de conocimiento e inclusive la admisión o no de los recursos ordinarios que se presenten.

Por medio del acto legislativo 03 de 2002, se decidió adoptar el modelo anglosajón de un sistema penal acusatorio, donde no solamente modificó las funciones de la Fiscalía General de la Nación ya anteriormente contempladas en el artículo 250 de nuestra Carta Magna, sino que además, colocó tanto a la Fiscalía General de la Nación como a la Defensa en igualdad de condiciones ante el Juez (de Control de Garantías o de Conocimiento) y éste, debe mantener su objetividad en la valoración de la totalidad del material probatorio y la argumentación que se le presente, lo que determinará emitir inicialmente un fallo con sentido condenatorio o absolutorio.

Es así, que podemos afirmar que este nuevo modelo penal, inició el primero (1º) de enero de 2005 en la ciudad de Bogotá D.C., y poco a poco se fue implementando en el resto del país; con la implementación de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal (CPP.).

La mecánica y solemnidad de este procedimiento, se inicia según lo preceptuado en el artículo 66 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal (CPP.) y subsiguientes (ss.), con las labores desplegadas por la Fiscalía General de la Nación (FGN), por intermedio de su Delegado Fiscal, frente al conocimiento de una noticia criminal, la que luego de reunir los E.M.P y E.F., necesarias y adecuadas que lo lleven al convencimiento de que puede existir la configuración de un delito penal, debe presentarlo ante (inicialmente) un Juez de Control de Garantías para llevar a cabo las audiencias Preliminares, consistentes estas en que si por ejemplo el indiciado fue capturado en flagrancia, su primer audiencia será la de Legalización de la Captura (Art. 297 y ss. CPP.); sino, se va directamente a la Imputación de cargos (Art. 286 y ss. CPP.); y de allí, de ser procedente se le hará la correspondiente audiencia de solicitud de medida de aseguramiento (Art. 306 y ss. CPP.);, todas estas audiencias, realizadas en una sola denominada “Audiencias Preliminares Concentradas”.

Superada la etapa de las audiencias preliminares concentradas, y en el entendido de que el imputado no se haya allanado a los cargos o no haya aceptado los cargos, se obliga el fiscal delegado a presentar ante la oficina de servicios judiciales del sistema penal acusatorio dentro de los términos de Ley, el “Escrito de Acusación” (Art. 336 y ss. CPP.), el cual, apertura una nueva etapa procesal, y por reparto, asignan a un Juez Penal de Conocimiento, quien dentro de sus funciones está la de fijar la fecha y hora para la celebración de la audiencia de Formulación de Acusación y asignan además un nuevo Fiscal Delegado, quien asumirá las etapas del juicio.

En caso de “Allanamiento a Cargos” o denominado también de “Aceptación de Cargos” por parte del imputado: la misma acta de allanamiento, hará las veces de Escrito de Acusación. Lo que conlleva es a hacer la audiencia de “Verificación de Allanamiento” (Art. 293 CPP.), y su respectiva Audiencia de Individualización de la Pena y Sentencia (Art. 447 y ss. CPP.);

Esta audiencia de Formulación de la Acusación (Art. 338 y ss. CPP.), aparte de reafirmar la persecución penal de la Fiscalía Delegada en contra del imputado, la obliga a descubrir a la Defensa todos los E.M.P y las E.F., (Art. 344 y ss. CPP.), que tenga del proceso, incluyendo las pruebas en contra o a favor del acusado, contando el fiscal con tres (3) días para hacerle entrega a la Defensa de dichos E.M.P o E.F.; al igual el Juez insta a la Defensa a descubrir los E-M-P- o E.F., que tuviere del proceso.

Concluida la Audiencia de Formulación de la Acusación, el Juez de conocimiento fijará fecha para la Audiencia Preparatoria (Art. 355 y ss. CPP.), audiencia de vital importancia, toda vez que, dentro de ella, tanto la Fiscalía Delegada, como la Defensa, deben mencionar, todas y cada una de las pruebas que hará valer en el juicio Oral, sustentando su pertinencia, conducencia y necesidad, para que sean decretadas por el Juez de Conocimiento; a su vez, se pueden hacer las Estipulaciones Probatorias (Art. 356 #4, CPP.), o acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la Defensa para aceptar como probados algunos hechos o circunstancias del proceso.

En esta audiencia preparatoria, una vez solicitado el decreto de las pruebas que se van a hacer valer en juicio, puede sobrevenir la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba (Art. 359 CPP.), que contravengan las reglas establecidas en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal); más precisamente, los medios de prueba ilegales o los medios de prueba ilícitos.

Hasta aquí las partes ya han descubierto sus elementos materiales probatorios a expensas que el juez de conocimiento los decreta como pruebas, decida cuales son válidas y cuales se pueden decretar. Pero si los elementos materiales probatorios adolecen de alguna afectación de la cadena de custodia, es aquí en donde según refiere el artículo 359 del C.P.P., la partes “podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, que, de conformidad con las reglas establecidas en este Código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba”. “(...) cuando el Juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios”.

Superada la Audiencia Preparatoria, entramos a la quizá última etapa, denominada “Audiencia de Juicio Oral”, se inicia la misma con la presentación de la “teoría del Caso” que hará la Fiscalía (de manera obligatoria) y la Defensa (si lo desea (Art. 371 CPP.), en donde se consignará, ¿Qué se va a Demostrar? Y ¿conque medios de Prueba?; para luego sí, iniciar la presentación y práctica de pruebas (Art. 372 y ss. CPP.); primero, las de la Fiscalía y luego las de la Defensa.

Terminada la presentación y práctica de pruebas, el Juez de Conocimiento, dará la palabra primero a la fiscalía y luego a la Defensa para que presenten sus Alegatos de Conclusión (Art. 442 y ss. CPP.) y una vez agotada las presentaciones, emitirá el Sentido del Fallo (Art. 446 y ss. CPP.).

Si el Sentido del Fallo es Condenatorio, el Juez de conocimiento, dará traslado del artículo 447 del CPP., o sea, le dará la palabra al Fiscal y luego a la Defensa, para que se pronuncien acerca del arraigo del culpable (condiciones individuales, familiares, laborales y sus antecedentes), además se pueden pronunciar, acerca de la determinación de la Pena y los descuentos a aplicar y la concesión de beneficios o subrogados (sustituciones de la medida de aseguramiento, etc.); para luego, emitir la Sentencia.

II.- DE LA CADENA DE CUSTODIA

2.1 Generalidades de la Cadena de custodia

Dentro de las concepciones legales se ha considerado la cadena de custodia como un procedimiento realizado tanto a los Elementos Materiales Probatorios como a las evidencias físicas, siempre respetando su autenticidad, mismidad e integridad durante todo el proceso penal y que el elemento materia de prueba, cobra vida cuando el investigador posee una hipótesis que requiere ser probada.

Ahora bien, en cuanto a la cadena de custodia son varios los conceptos que se trataran, tanto legales, forenses, constitucionales, jurisprudenciales y doctrinales.

Según el profesor Valdés, la mayor controversia presentada es la valoración que se le hace al elemento material probatorio en cuanto a su identidad e inalterabilidad a partir de su obtención y durante toda la existencia procesal de ese elemento material probatorio. El término cadena significa un conjunto de eslabones y custodia es la acción de vigilar o custodiar. Ahora bien, según el autor, el fin de la Cadena de Custodia tiene que ir más allá de preservar la autenticidad, es decir tiene que preservar la capacidad demostrativa de todo elemento material probatorio, sin embargo, en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) sigue siendo el fin de la cadena de custodia, garantizar es la autenticidad. (Valdés Moreno, Carlos Eduardo, 2014)

El proceso en la cadena de custodia debe ser con calidad, continuo y documentado, adelantado por un servidor público o un particular, cuyo objetivo sea mantener la capacidad demostrativa de una escena y de todo elemento material probatorio a partir de su identidad (características del elemento que le permiten diferenciarse de los demás), su naturalidad (el elemento debe permanecer en las mismas condiciones como se halló o recolectó hasta el momento de su análisis o que se presente en la audiencia de juicio oral), su integridad (la permanencia sin cambios del elemento desde que se halló o recolectó), continuidad (conservar el estado y condiciones del elemento tal como se halló), su almacenamiento (determinar el tipo de almacenamiento de acuerdo a la capacidad demostrativa, embalaje y tiempo del EMP). Es importante determinar que los procedimientos de cuidado y preservación de la cadena de custodia inician mucho antes de embalar y rotular el elemento probatorio. Es así como cuando se demuestra que existió un manejo o procedimiento discutible, es decir, se deterioró o se perdió la capacidad demostrativa del elemento, se rompe la cadena de custodia. (Valdés Moreno, Carlos Eduardo, 2014).

La Cadena de Custodia es “un documento escrito en donde se reflejan las incidencias de una prueba compuesta por los eslabones de custodia, donde cada uno de estos debe incluir el momento de la custodia, de quien recibió la evidencia y a quien le pasó, además de las medidas tomadas para asegurar la integridad de la Evidencia y evitar que esta se altere” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia 19 de febrero de 2009, Radicación: 30598 M.P. María del Rosario González de Lemos).

La Corte Constitucional refiere que la Cadena de custodia es un mecanismo que preserva la identidad o integridad de los EMP y EF para demostrar la autenticidad de los mismos, asegurando su poder demostrativo, y que en ningún momento se descarta que haya otros mecanismos para lograr ese objetivo. (Sentencia C-496 de agosto cinco (5) de 2015, M.P., Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio)

Ahora bien, la Corte Constitucional considera que los medios de prueba persiguen un fin constitucional razonable y proporcionado relacionado con las mismas pruebas y las consecuencias que estas producen. Bajo el debido proceso como garantía en todas las etapas del proceso penal y que se ve respaldado por los principios de publicidad, inmediatez, autonomía, independencia gratuidad, eficiencia y libre apreciación de la prueba con el fin de asegurar la materialización de la justicia. (Sentencia C-496 de agosto cinco (5) de 2015, M.P., Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio)

Es importante también determinar que la Corte Constitucional refiere como “garantía del debido proceso probatorio” el derecho que tienen las partes a presentar, solicitar y controvertir las pruebas. (Sentencia C-496 de agosto cinco (5) de 2015, M.P., Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio)

“La cadena de custodia es un sistema de seguridad que garantiza que el elemento material probatorio o evidencia física, identificado, fijado, recolectado, embalado y rotulado, es el mismo que estaba en el lugar explorado y que se encuentra en igualdad de condiciones fenomenológicas a las que allí tenía” (Lemus Soler, Diana Julieth, Monitora Centro de investigaciones Socio-jurídicos – Facultad de Derecho Universidad Santo Tomas de Aquino. Tunja).

La cadena de custodia permite no solo [...] garantizar su autenticidad, sino demostrar que se han aplicado procedimientos estandarizados para asegurar las condiciones de identidad, integridad, preservación, seguridad, continuidad y registro de estos [...] es la aplicación de una serie de normas tendientes a asegurar, embalar y proteger cada elemento material probatorio para evitar su destrucción, suplantación o contaminación, lo que podría implicar serios procesos en la investigación de una conducta punible. (Murillo 2007).

La cadena de custodia inicia cuando el investigador traslada el elemento al laboratorio correspondiente y lo entrega al perito técnico científico que corresponda según la especialidad, quien dejará constancia del estado en que se encuentra y procederá al análisis, y su informe será remitido con posterioridad al fiscal con la certificación de que en todo momento estuvo custodiado, y termina cuando el juez así lo disponga. (Murillo 2007).

La cadena de custodia como mecanismo que asegura las condiciones y características originales tanto de los elementos físicos como de la protección del lugar donde se encuentran, requiere criterios técnicos y científicos, que se reflejan en “la forma como se recolectan, como se embalan, como se transportan, como se preservan, como se guardan, como se identifican, para finalmente llevarlos al juicio en donde el juez deberá valorarlos y tomar una decisión basada precisamente en estos elementos materiales de prueba y evidencias físicas que se le ponen de presente”. (González, 2011).

La Cadena de Custodia es un sistema de seguridad que garantiza que el elemento material probatorio o evidencia física identificado, fijado, recolectado, embalado y rotulado, es el mismo que estaba en el lugar explorado y que se encuentra en igualdad de condiciones fenomenológicas a las que allí tenía. Esa la razón por la que debe aplicarse la técnica adecuada desde el momento en que la policía judicial, o en su defecto un miembro de la Policía Nacional, entra en contacto con el hallazgo del que pueda inferirse la existencia de una conducta punible, sus autores o partícipes, para preservar su autenticidad durante todo el proceso. (Moreno, 2006, pág. 78)

En el desarrollo del principio de contradicción y siendo este acto en donde tanto la Fiscalía como la defensa tienen derecho no solo a conocer las pruebas, sino que además refutarlas y confrontarlas e intervenir en su formación, oponerse a las alegaciones presentadas por la otra parte dentro del proceso penal, surge la necesidad de estudiar el pilar más importante que al final orienta al Juez de conocimiento “más allá de la duda razonable”, para emitir un fallo que absuelva o condene al imputado es la actuación probatoria, y con ella la forma en que se descubre, incorpore, se controvierte y se convence con La Prueba.

Los elementos materiales probatorios que posteriormente van a ser decretados por el Juez de conocimiento, obteniendo el status de prueba, tiene unos parámetros legales y constitucionales que se desarrollan a través del proceso de Cadena de Custodia. Este proceso siendo relativamente nuevo en Colombia, a pesar que desde el año 1993 ya se venía aplicando en los protocolos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, siendo mediante la Resolución 2869 del 29 de diciembre de 2003, que la Fiscalía General de la Nación adoptó el Manual de Procedimiento del Sistema de Cadena de Custodia y es en el año 2004 mediante la Resolución 0-6394 del 22 de diciembre de 2004, cuando la Fiscalía General de La Nación adoptó el Manual de Procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia para el Sistema Penal Acusatorio, el cual según el mandato constitucional en su artículo 250 y lo contemplado en el artículo 254 de la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal, La Fiscalía General de la Nación “reglamentará, diseñará, aplicará y controlará la Cadena de Custodia, según los avances Científicos, técnicos y artísticos” que serían estudiados y evaluados por el Comité Permanente de Cadena de Custodia y es mediante la Resolución 2369 del 11 de julio de 2016 la cual se mantiene vigente, que la Fiscalía ha venido cumpliendo estos mandatos constitucionales y legales.

Desde su primera adopción mediante la Resolución 2869 del 29 de diciembre de 2003 hasta la Resolución 2369 del 11 de julio de 2016, actualmente vigente, la cadena de custodia como procedimiento realizado a todas las clases de Elementos Materiales Probatorios ha consagrado como objetivos garantizar la autenticidad, mismidad e integridad de los mismos, durante todo el proceso penal, hasta el de conservar su capacidad demostrativa, tal y como lo refirió la Resolución 2369 del 11 de julio de 2016: “La cadena de custodia es un proceso continuo y documentado aplicado por servidores públicos y /o particulares cuyo objetivo es mantener la capacidad demostrativa y minimizar el riesgo de pérdida o daño de todos los E.M.P. y E.F., además de los lugares considerados como escena de los hechos y aquellos donde son almacenados para que puedan ser utilizados en el marco de un proceso penal” .

La importancia de cumplir estrictamente con los parámetros legales y constitucionales de la Cadena de Custodia dentro del proceso penal en el Sistema Acusatorio, radica en que los elementos Materiales Probatorios puedan ser valorados sin tener el riesgo de ser excluidos inadmitidos o rechazados, que generen certeza y convicción suficiente al juez de conocimiento tanto en su

descubrimiento como en su incorporación, en las audiencias preliminares como las de juicio oral, de tal forma que conlleve a CONDENAR o ABSOLVER al imputado.

2.2 Definiciones Forenses alrededor de la Cadena de Custodia

Para facilitar la comprensión sobre lo que es una cadena de custodia y los conceptos vistos desde el ámbito forense, se estudiarán conceptos importantes que toda persona tanto funcionario público o particular debe conocer para no incurrir en posibles malentendidos a la hora de realizar el análisis probatorio, revisando aspectos técnicos y científicos en la investigación criminal.

El primer concepto que ha sido confundido por mucho tiempo es referirse al lugar de los hechos y no a la escena. El concepto de escena es mucho más amplio teniendo en cuenta que puede ser “cualquier lugar donde se sospeche presencia de evidencia física” De acuerdo a esto podemos encontrar una escena primaria “sitio donde se supone que ocurrieron los hechos investigados o el lugar donde la intención se convierte en acción” (Mora Izquierdo, Ricardo y Sánchez Prada, María Dolores). Según el Profesor Carlos Eduardo Valdez Moreno la escena es “un conjunto de lugares espaciales, corporales o virtuales en donde se ha desarrollado algún tipo de actividad que guarda relación con la conducta que se investiga”. De acuerdo a la ubicación, los lugares pueden ser espaciales (abiertos, cerrados muebles o inmuebles), corporales (la conducta se desarrolla en el cuerpo de la persona), virtuales (la conducta se desarrolla en la web) y de acuerdo a la multiplicidad de contextos involucrados se puede hablar de lugares primarios (donde se ejecuta la conducta punible, contiene los elementos probatorios con mayor capacidad demostrativa) y lugares secundarios (son los lugares en donde se llevó a cabo la acción, se encuentran los elementos probatorios con menor capacidad demostrativa para el investigador).

Otro concepto que se contempla en la ley 906 de 2004, y que también tiende a confundirse es el de Material Probatorio, muy importante porque permite el conocimiento en la investigación, adquiriendo su calidad de prueba cuando se descubre y se incorpora en la etapa de juicio oral superando la contradicción. (Valdés Moreno, Carlos Eduardo, 2014)

El término elemento indica pertenencia a algo y se relaciona directamente con la conducta y con el hecho criminal, esta relación es la que diferencia al elemento con cualquier objeto en la escena. El elemento existe o se materializa cuando es conocido y controvertido. El elemento material tiene la cualidad de poder demostrar algo respecto de la conducta investigada. Ese elemento que se materializó es probatorio cuando posee la capacidad de probar algo, se descubre cuando el investigador establece la existencia de relaciones con la conducta investigada. El Elemento Material Probatorio “es todo objeto físico, ideación, trastorno psicológico o información electrónica que haga parte de la comisión de una conducta, presumiblemente contraria a la normatividad, que sea perceptible por los sentidos y con capacidad demostrativa que contribuya a generar certeza sobre lo ocurrido”. Lo más importante del EMP es su capacidad demostrativa. El investigador es el que debe darle el manejo adecuado para su preservación y posterior desarrollo. La ley 906 de 2004 no hace distinción entre EMP y EF tanto así que en su artículo 275 los asimila como objetos. Es importante aclarar que el correo electrónico, la perturbación Psiquiátrica y lo conocido por el testigo, son considerados como elementos no materiales probatorios. Puesto que se necesita materializarlos para que surta el proceso probatorio del elemento. Ahora bien, la evidencia física es un “Elemento material Probatorio que tiene la particularidad de poseer una alta capacidad demostrativa, al punto de generar certeza sobre un hecho en forma inmediata”, Ejemplo, la evidencia de muerte... “el cadáver está muerto”. De tal forma podemos encontrar que los elementos materiales probatorios pueden ser: EVIDENCIA, su capacidad demostrativa genera certeza inmediata. INDICIO, su capacidad demostrativa permite solamente inferir la existencia de otro hecho. Según la percepción en la escena pueden ser HUELLA, RASTRO VESTIGIO, los cuales, por su disposición y naturaleza en la escena, no son de fácil percepción y según la cantidad de Elementos Materiales Probatorios hallados en poca cantidad se llaman ELEMENTO TRAZA. (Valdés Moreno, Carlos Eduardo, 2014)

III.- DE LOS ERRORES SUSCEPTIBLES DE COMETER EN LA OBTENCION, CONSERVACION Y PRESENTACION DE LA PRUEBA EN EL JUICIOS ORAL

Las falencias presentadas en la cadena de custodia se pueden presentar desde la fijación de la escena hasta el mismo juicio oral.

“La cadena de custodia pretende demostrar la autenticidad de los Elementos Materiales Probatorios y la Evidencia Física. Siendo de carácter personal la responsabilidad porque recae sobre los funcionarios que tengan responsabilidad sobre esos elementos o evidencias desde su recolección hasta su etapa final en el juicio oral. Se presenta el error cuando el fallador se aparta de esa legalidad, frente a la producción e incorporación de los E.M.P. y las E.F. o las pruebas propiamente dichas dependiendo del momento procesal que se trate”. (Sentencia Radicado 44741. Fecha 18 de enero de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuellar).

Varios son los conceptos que han surtido a través de los tiempos, en donde la controversia ha sido si los errores presentados en la cadena de custodia son considerados de hecho o de derecho, y si se excluyen o no. Sin embargo, es importante señalar que es el juzgador quien debe verificar si esa ruptura “compromete la acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio en punto de su credibilidad y potencial persuasivo” (sentencia Corte Suprema de Justicia radicado número 30598 del 19 de febrero de 2009).

“El error en la recolección del elemento material probatorio debe ser grave y afectar la estructura del proceso para que pueda declararse su ilicitud o su ilegalidad. De lo contrario, las pruebas siguen siendo lícitas o legales. Si los Yerrores formales cometidos en la cadena de custodia no afectaron el derecho a la defensa o a la imparcialidad del juez, no se puede considerar ilegal la prueba” (Corte suprema de Justicia Sala Penal. Auto 37943, febrero 15 del 2012, M.P. Espinosa Sigifredo)

La Corte Suprema de Justicia ha referido que los errores en los procedimientos de la cadena de custodia no ocasionan la exclusión de la prueba, por cuanto no son errores de legalidad sino de valoración judicial del mismo. De tal manera el Juez puede inadmitir la prueba porque carece de fuerza demostrativa. Ahora bien, para probar la autenticidad de un elemento va a depender de su naturaleza, de cómo se recogió y en qué circunstancias, así como la forma en que se allegó al juicio. Existen cinco formas para la autenticación de la evidencia física a saber; Auto autenticación (evidencias físicas con características notorias y bien conocidas- ellas mismas se autentican); La marcación (señalar la evidencia física con un signo distintivo); testimonio (declaración juramentada de una persona que reconoce la evidencia como autentica manifestando sus motivos); Peritación (declaración juramentada del perito que la analizó); La cadena de custodia (se utiliza

más para el material fungible o aquellos que por su naturaleza no permita marcaciones, ni un testigo que la reconozca como única).

Ahora bien, el inciso segundo (2°) del artículo 277 de la ley 906 de 2004, permite que se demuestre la autenticidad de los elementos Materiales Probatorios y las evidencias físicas por otros medios totalmente diferentes a la cadena de custodia. Sin embargo, las pruebas que no se someten a la cadena de custodia tienen de por sí un menor valor probatorio que debe ser muy bien acreditado en cada caso concreto. Luego la cadena de custodia no se toma como un requisito de legalidad, lo cual permite que la prueba sea admitida, decretada y practicada, por lo tanto, si una prueba incumple requisitos de cadena de custodia, la prueba debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción. Lo mismo pasaría con la autenticidad de la prueba ya que exige que ésta cumpla procedimientos normativos para proteger y conservar la prueba, luego si se incumple afectaría la aptitud demostrativa. De tal manera es evidente que cuando no se aplica la cadena de custodia, no se está afecta el debido proceso, simplemente reduce el mérito probatorio de ese elemento material probatorio, de tal manera, se podrá acreditar por otros mecanismos, pero su eficacia probatoria será evaluada por el Juez en cada caso concreto, que será más estricto verificando si el método utilizado permite verificar la autenticación del E.M.P. o la E.F. (Sentencia C-496 de agosto cinco (5) de 2015, M.P., Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio)

Es importante aseverar que si no se cumplen los requisitos de la cadena de custodia va a afectar la eficiencia probatoria más no la legalidad del E.M.P. por lo tanto no conduce a la exclusión de la prueba, ya que no es asunto de legalidad de la prueba sino de valorización y ponderación judicial del mismo a que se puede ver afectado lo genuino, fidedigno y auténtico del EMP, así mismo cuando no se cumplen los procedimientos de la cadena de custodia se está afectando es el mérito probatorio de este.

Es ahora el momento de hacer un análisis de la prueba cuando se considera inconstitucional, ilegal, ilícita, y los efectos jurídicos procesales que producen a la hora de realizar su valoración por el ente juzgador.

“La Prueba ilícita es aquella que viola los derechos fundamentales en la obtención o incorporación de medios probatorios. Se obtiene violando derechos fundamentales y garantías establecidas en las normas procesales y sustantivas” (derechos reconocidos en la Constitución, tratados internacionales y normas de ius cogens). (Ricardo Mora Izquierdo y Maria Dolores Sánchez, 2007, pág. 91), es decir es la obtenida violando garantías fundamentales del acusado o juzgado. No produce la exclusión. (Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 35173, 09 de marzo de 2011, M.P.: María del Rosario González de Lemos)

“La Prueba ilegal es la irregularidad que se presenta en el sistema jurídico subalterno; allí se origina y reside dándose por la vulneración de una norma instrumental, de procedimiento, no contenida en un derecho o garantía fundamental” (Rodríguez O. A., 2014, pág. 100), las pruebas son practicadas sin las formalidades que la ley exige. Su efecto jurídico es ocasionar la exclusión de la prueba dentro del proceso penal. (Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 35173, 09 de marzo de 2011, M.P.: María del Rosario González de Lemos)

La prueba inconstitucional es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales. Su efecto jurídico es ocasionar la exclusión de la prueba dentro del proceso penal. (Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 35173, 09 de marzo de 2011, M.P.: María del Rosario González de Lemos)

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha referido que “el error en la recolección del elemento material debe ser grave y afectar la estructura del proceso, para que pueda declararse su ilicitud o su ilegalidad. De lo contrario, las pruebas siguen siendo lícitas o legales. Si los yerros formales cometidos en la cadena de custodia no afectaron el derecho a la defensa o la imparcialidad del juez, no se puede considerar ilegal la prueba.” (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto 37943, febrero 15 del 2012, M.P: Espinosa, Sigifredo).

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal, Magistrado Ponente, Javier Zapata Ortiz. Radicación 25920 21 febrero 2007, afirma que los defectos de cadena de custodia (acreditación o autenticidad) deben ser cuestionados en su fuerza de convicción; Radicación 26207 del 28 noviembre 2007, Afirma que los problemas de cadena de custodia inciden en la valoración.

En Colombia en Materia de valoración probatoria, impera el sistema de persuasión racional (sana crítica): El Juez establece por sí mismo el valor de las pruebas bajo las reglas de la lógica, la Ciencia y la experiencia (CSJ-Sala de Casación Penal, radicado 42549,2013)

De tal manera el Juez puede tomar dos caminos, decretar la prueba o definitivamente no decretarla, pero la motivación estará sujeta a que la prueba carece de convicción o porque hay dudas en cuanto a la recolección, a la forma en que se produjo el elemento probatorio o a la autenticidad de la misma prueba. En este último aspecto, es decir la autenticidad se tocará solo si de ello depende aceptar como cierto su contenido.

IV.- CONCLUSIONES

1.Los efectos jurídicos procesales que se producen ante errores en la cadena custodia inician desde el descubrimiento de los elementos materiales probatorios en la Audiencia de acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, y en la audiencia preparatoria por parte de la defensa.

2.En la audiencia preparatoria tanto Fiscalía como Defensa deben enunciar la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia de juicio oral. Y es ahí donde se detectan las primeras afectaciones a los Elementos materiales probatorios, produciendo efectos jurídico procesales de exclusión, inadmisión o rechazo.

3.Es evidente que en la actualidad la concepción tanto de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, es considerar que los errores producidos en la cadena de custodia no producen efectos de exclusión, ya que simplemente es un problema de valoración probatoria, bajo el sistema de persuasión racional (sana crítica), que contempla las reglas de la lógica, la Ciencia y la experiencia.

4. A los jueces y magistrados se les debe insistir y recordar el significado de la valoración de la prueba como tal bajo el principio de la imparcialidad, el significado de la legalidad y como la cadena de custodia fue legalmente incorporada al sistema jurídico colombiano y como no solo

legalmente sino constitucionalmente cumple unos procedimientos, para ser valorado simplemente bajo la sana crítica y no la legalidad.

5. Se determinaron conceptos y elementos que van a servir en el litigio del derecho penal en el Sistema Penal Oral Acusatorio.

6. Claramente quedó expresado no solo los conceptos de la prueba inconstitucional, la prueba ilegal, la prueba ilícita, sino que también los efectos jurídicos que están produciendo.

7. Es importante en este aspecto que se determine a qué se refiere el error grave en la recolección del material probatorio, y de acuerdo a ello se declarará la ilegalidad o ilicitud de lo contrario seguirán las pruebas siendo lícitas y legales.

Referencias

1. Angulo González, Rubén D. (2005). *Cadena de custodia en criminalística*. Ediciones Doctrina y Ley.
2. Castellanos, Parra, (2013). ¿Es adecuado el conocimiento y manejo de la cadena de custodia por parte de los actores del sistema penal acusatorio?. [Ridum.umanizales.edu.co/xmlui/handle/20.500.12746/418](http://ridum.umanizales.edu.co/xmlui/handle/20.500.12746/418).
3. Código Penal y de Procedimiento Penal Colombiano, (2018). Editorial Uniacademia Leyer, Trigésima segunda edición.
4. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Radicado No. 35173 de fecha 9 de marzo de 2011. M.P. María del Rosario González Lemos.
5. Corte Suprema -Sala de Casación Penal. Proceso 29.877 del 18 de mayo de 2011.
6. Corte suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de abril de 2013. Exp.35127. M.P. José Luis Barceló Camacho).
7. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Radicado 44741. No. de providencia SP160-2017. Fecha 18 de enero de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuellar.
8. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. M. P. Eugenio Fernández Carlier. (2014). SP10399-2014, Radicación 41591.

9. Díaz Silva, Jahel, Reina Molina, Mauricio, (2017). *La importancia de las funciones de policía judicial en el manejo de la cadena de custodia en el sistema penal acusatorio en Colombia*. Repository.ugc.edu.co/handle/11396/2704. Fecha 2017.
10. Duarte Delgado, Edwin, (2020), *la cadena de custodia en la prueba. análisis comparado*. Revista .uaca.ac.cr/index.php/actas/article/view/429.
11. El Defensor Público en el Sistema Acusatorio Colombiano. 1º Edición- Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2005
12. González Monguí, Pablo E. (2007). *La Policía Judicial en el Sistema Acusatorio*. Ediciones Doctrina y Ley.
13. Henao Noreña, Juan Fernando, (2012). *La Cadena de Custodia en el Sistema Penal Acusatorio*. Trabajo de grado-especialización en Derecho Penal Probatorio.
14. Lemus Soler, Diana Julieth. *Cadena de custodia en el ordenamiento jurídico colombiano a la luz de la ley 906 ¿Ficción o realidad?*. Revista Iter Ad Veritatem- ISSN:1909-9843- No.12,2014.127.
15. Ley 1826 del 12 de enero 2017, por medio de la cual se establece un procedimiento Penal Especial Abreviado y se regula la figura del acusador privado.
16. Manual del Sistema de cadena de custodia Versión 4- 2018.
17. Manual único de policía Judicial.
18. Sentencia C-496 de agosto cinco (5) de 2015- Expediente D-10451 Acción de Inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 277 de la ley 906 de 2004. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
19. Universidad Militar nueva Granada, (2007). *Escena del delito y cadena de custodia en el sistema penal colombiano a partir del acto legislativo N° 03 de 2002*. Redalyc.org/pdf/876/87601905.
20. Valdés Moreno, Carlos Eduardo, (2006). *La prueba técnica*, Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura.
21. Valdés Moreno, Carlos Eduardo, (2014). *Aspectos significativos en la Investigación de las muertes violentas*. Revista Nova Iustitia (Revista Jurídica UNAM).
22. Zuluaga Giraldo, Gladys, Cardona Osorio, Juan Guillermo, Zuluaga Giraldo Fabio Andrés, (2010). *Efectos jurídicos de las Irregularidades en la cadena de custodia*. Repository.udem.edu.co/handle/11407/4641. Fecha 2010-12-01.